

VU Research Portal

Proportionele aansprakelijkheid bij personenschade

Akkermans, A.J.

published in

De kwaliteit van het schaderegelingsproces
2000

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

CC BY-NC

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Akkermans, A. J. (2000). Proportionele aansprakelijkheid bij personenschade. In XX. Van Schendel (Ed.), *De kwaliteit van het schaderegelingsproces* (pp. 25-39). Koninklijke Vermande.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Proportionele aansprakelijkheid bij personenschade

Prof. mr. A.J. Akkermans

1 Inleiding

Het bestuur van de LSA heeft de heer Peeperkorn en mij gevraagd of wij ieder een inleiding wilden houden over het fenomeen van de zogenaamde 'proportionele aansprakelijkheid'. De achtergrond daarvan is dat ik mij bij monde en geschrift een voorstander heb getoond van de voor Nederland relatief nieuwe proportionele benadering.¹ Peeperkorn heeft tegen de proportionele leer de nodige bedenkingen geuit.³ Ik heb daar weer op gereageerd,² en met de inleidingen van ons beiden wordt deze polemiek een beetje voortgezet. Ik zal eerst uiteenzetten wat proportionele aansprakelijkheid precies is, waarom ik denk dat het voor bepaalde problematische gevallen een goede oplossing is, en aan welke voorwaarden moet zijn voldaan wil het gebruik van deze oplossing gerechtvaardigd zijn. Al doende zal ik proberen om mijn opponent vast wat gras voor de voeten weg te maaien. Op het eind zal ik kort ingaan op een aantal van zijn punten van kritiek.

2 Wat is proportionele aansprakelijkheid

De uitspraak die begint uit te groeien tot het schoolvoorbeeld van proportionele aansprakelijkheid, althans op het gebied van personenschade, is een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam uit 1993, bekrachtigd door het Hof in 1996, inzake Wever tegen De Kraker, ook wel 'Baby Ruth' genoemd.⁴ Het ging in deze zaak om de vordering tegen een kin-

1 Zie o.m. A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss.), 1997; Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, 1997, p. 105 e.v.; 'Groen licht voor proportionele schadevergoeding bij beroepsfout advocaat', NbBW 1998 p. 50 e.v.; 'Schadevergoeding voor verloren proceskans', *Advocatenblad* 1998, p. 559 e.v.

2 D. Peeperkorn, 'Het oordeel van Paris', VR 1998, p. 321 e.v.

3 A.J. Akkermans, 'Proportionele aansprakelijkheid: onbekend maakt onbemind?', VR 1999, p. 65 e.v.

4 Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1996, 213; VR 1997, p. 162; A&V 1996, 67 m.nt. A.J. Akkermans; TvG 1997, 58 m.nt. M.J.J. de Ridder.

derarts wegens het te laat ontdekken van een hersenbloeding bij een baby van drie weken, die had geleid tot blijvende afwijkingen. De arts betwistte het oorzakelijk verband tussen fout en schade. Ook als wél tijdig de juiste diagnose was gesteld en conform was behandeld, zouden de restverschijnselen zijn gebleven, aldus de kinderarts. Volgens de deskundigen was “*bij geen benadering te zeggen*” of bij tijdige diagnose een significante vermindering van de restverschijnselen zou zijn bewerkstelligd. De kans daarop leek hen “*niet groot*”. De rechtbank oordeelde dat de fout in elk geval de kans op een beter behandelingsresultaat verloren heeft doen gaan. “*Dat deze kans nihil of verwaarloosbaar klein was, hebben de deskundigen niet vastgesteld en de gedaagden niet aangevoerd*”, aldus de rechtbank. De rechtbank begrootte daarop de verloren kans op 25%, en veroordeelde de kinderarts op die grond tot vergoeding van 25% van de door de baby geleden schade. In appèl werd deze beslissing bekrachtigd door het hof.

Het probleem dat hier speelt is de vraag of tussen de gevorderde schade en de gebeurtenis waarvoor de aansprakelijk gestelde persoon moet instaan, wel *conditio sine qua non*-verband bestaat. Het gaat dus niet over de ‘normatieve toerekening’ van schade in de zin van art. 6:98 BW, maar om een zogenaamd ‘feitelijke’ vraag, waarop in normale gevallen het antwoord kan worden gevonden door een soort wegdenkoefening: zou de schade, de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis weggedacht, ook zijn ontstaan? In veel huis-, tuin-, en keukengevallen is het antwoord op die vraag zo evident dat de vraag niet eens expliciet wordt gesteld. In de gevallen waarin proportionele aansprakelijkheid in beeld komt is het antwoord op die vraag juist helemaal niet evident, maar is, net zoals in Wever/De Kraker, *onzeker* of de schade niet ook zonder de fout zou zijn ontstaan. We weten het niet en we zullen het ook nooit weten. Men spreekt dan van ‘onzeker causaal verband’.

Het probleem van onzeker causaal verband kan zich voordoen op allerlei gebieden van het aansprakelijkheidsrecht. Niet alleen bij fouten van artsen, maar ook van advocaten en andere beroepsbeoefenaars, bij beroepsziekten, bijvoorbeeld wanneer niet zeker is of de longkanker van een werknemer werd veroorzaakt door asbest of door roken, maar ook bij zulke uiteenlopende onderwerpen als massaschade, contractuele verhoudingen en de belasting met de kwade kans op toekomstige schade. Het onzeker causaal verband kan, zoals in Wever/De Kraker, bestaan met de *volledige* schade waarvoor de aangesproken partij aansprakelijk wordt gesteld, maar het kan ook gaan om een bepaalde *schadepost*, terwijl de aansprakelijkheid voor *andere* schadeposten zonder meer vaststaat. Dit speelt vooral bij de problematiek van de carrièrekansen en dergelijke, die van invloed zijn op de berekening van arbeidsvermogensschade.

Traditioneel wordt het probleem van onzeker causaal verband benaderd als een bewijsvraag over feitelijke omstandigheden, waarop het ant-

woord moet worden gevonden aan de hand van de toepasselijke regels van het bewijsrecht. Omdat de essentie van de bedoelde situaties is dat met de beste wil van de wereld niet is vast te stellen wat het eindresultaat zou zijn geweest als de fout niet was gemaakt, komt dit er op neer dat wie de bewijslast krijgt, aan het kortste eind trekt. Of *conditio sine qua non*-verband wordt aangenomen, en dan is de gedaagde volledig aansprakelijk, òf niet aangenomen, en dan gaat de benadeelde met lege handen naar huis. Alles of niets dus.

Deze alles-of-niets-benadering pakt niet altijd even bevredigend uit. De situatie in Wever/De Kraker kan dat illustreren. Rechtbank en hof verstonden het deskundigenbericht kennelijk zo, dat ondanks de zuinige toon die de deskundigen daarover aansloegen, *mogelijk* was dat bij tijdige diagnose en behandeling de hersenbeschadigingen zouden zijn voorkomen, of althans significant minder ernstig zouden zijn geweest. Ook ik kan mij daar iets bij voorstellen. Toen een dag later de hersenbloeding wél werd ontdekt, werd 'Baby Ruth' onmiddellijk opgenomen, overgebracht naar de *intensive care* van het AMC, en nog dezelfde dag geopereerd, waarbij 400 kubieke centimeter bloed uit haar hoofd werd verwijderd. Als medische leek denk je dan toch dat het wel eens minder beroerd had kunnen aflopen, als ze er een dag eerder bij zouden zijn geweest. Maar méér dan 'mogelijk' was dat in elk geval niet. Wat zonder fout gebeurd zou zijn, bleef volstrekt onzeker. En als de deskundigen geen uitsluitsel kunnen geven, gaat een zuiver bewijsrechtelijke benadering knellen. In zo'n situatie doet het toekennen van een volledige schadevergoeding geen recht aan de reële mogelijkheid dat de schade ook zónder de fout zou zijn ontstaan. En het afwijzen van alle schadevergoeding doet weer geen recht aan de reële mogelijkheid dat de schade wél door de fout werd veroorzaakt. Geconfronteerd met dit dilemma gooide de rechtbank het over een geheel andere boeg, en koos zij voor een tussenoplossing: de doctrine van het verlies van een kans.

De kern van deze doctrine is de vaststelling dat door de fout in elk geval de *kans* op een beter behandelingsresultaat verloren is gegaan. Met *dat* verlies staat het *conditio sine qua non*-verband wél vast. Die verloren kans kan op geld worden gewaardeerd. Het verlies van die kans vormt dan een vermogensschade, die wordt begroot naar rato van de kans dat het bij de benadeelde ingetreden nadeel werd veroorzaakt door de fout. De waarde van de door 'Baby Ruth' verloren kans op een beter behandelingsresultaat werd door de rechtbank begroot op 25% van het geleden nadeel. Proportionele aansprakelijkheid dus, naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid.

Anders dan in landen zoals België en Frankrijk, staat deze benadering in Nederland nog in haar kinderschoenen, al zijn haar wortels reeds

geruime tijd in ons recht aanwezig.⁵ Bij medische fouten heeft zij inmiddels een eigen plaatsje veroverd in de lagere rechtspraak.⁶ Vorig jaar deed het Kantongerecht Middelburg in de zaak Schaier/De Schelde een uitspraak waarin voor het eerst een proportionele schadevergoeding wordt toegekend aan een werknemer wiens longkanker kon zijn veroorzaakt door de blootstelling aan asbest maar ook door roken.⁷ En in het Baijings-arrest van 1997 heeft de Hoge Raad het licht op groen gezet voor een proportionele benadering bij de beroepsfout van de advocaat.⁸ Over wat die laatste uitspraak betekent voor het terrein van de personenschade kan men verschillend denken – zelf meen ik dat terzake geen principiële verschillen bestaan⁹ – maar echt uitsluitsel zullen wij vermoedelijk pas krijgen zodra de Hoge Raad zich specifiek in de context van personenschade over proportionele aansprakelijkheid kan uitlaten.

3 Waarom is proportionele aansprakelijkheid een goede oplossing?

Ik meen dat de recente ontwikkeling in de rechtspraak bijval verdient. Het grote voordeel van een proportionele benadering is dat zij de onbijkheden vermijdt van het alles of niets. De alles-of-niets-benadering brengt namelijk onvermijdelijk een omslagpunt mee tussen ‘alles’ en ‘niets’. Wanneer is het bestaan van *conditio sine qua non*-verband voldoende aannemelijk, en wanneer niet meer? Hoe waarschijnlijk moet het zijn dat de schade door de gedaagde werd veroorzaakt om hem tot vergoeding van ‘alles’ te kunnen veroordelen, en hoe *onwaarschijnlijk* om te kiezen voor het ‘niets’?

- 5 Zie de losbladige *Onrechtmatige daad* (oud) (Bloembergen) nr. 154 en met name Rb. Utrecht 28 oktober 1942, NJ 1943, 231 alsmede HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 (Heesch/Reijs) waarover A.J. Akkermans, o.c., diss., p. 112 e.v.
- 6 Zie, behalve het hiervoor genoemde arrest Wever/De Kraker, Rb. Middelburg 11 maart 1998, NJ 1999, 41; VR 1998, 170; TVP 1998, 62 m.nt. W.H. Bouman; TvG 1999, 28; Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 406; VR 1999, 43; Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 maart 1998, VR 1999, 44. Zie over deze rechtspraak Chr. H. van Dijk, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij medische fouten vindt navolging’, A&V 1999, p. 37 e.v.
- 7 Ktg. Middelburg 1 februari 1999, NJ kort 1999, 35; VR 1999, 117; TVP 1999, 44 m.nt. Chr. H. van Dijk; L&S 1999, 16; TMA 1999, p. 191 m.nt. A.J. Van. Zie over deze uitspraak A.J. Akkermans, ‘Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of roken’, VR 1999, p. 193 e.v.
- 8 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 m.nt. PAS; A&V 1998, 24 m.nt. Akkermans. Zie over deze uitspraak voorts M.F.J. Haak, ‘Van een advocaat die vergeet in hoger beroep te gaan’, AA 1998, p. 130 e.v.
- 9 Ik bedoel daarmee verschillen die een onderscheid in rechtsgevolg – wel of niet een proportionele benadering toegestaan – zouden kunnen rechtvaardigen.

De kwestie is fundamenteel. Benadrukken dat het de andere partij altijd nog vrijstaat om tegenbewijs te leveren doet geen recht aan de situaties waarover het hier gaat, waarvan immers de essentie is dat met de beste wil van de wereld niet is vast te stellen wat het eindresultaat zou zijn geweest als de fout niet was gemaakt, niet door de benadeelde, niet door de gedaagde, en ook niet door onafhankelijke deskundigen. Wat op zijn best kan gebeuren is het inschatten van waarschijnlijkheden.

In Nederland heeft de rechter zich tot dusver over de precieze locatie van het omslagpunt op de vlakte kunnen houden. In het buitenland is deze kwestie al veel meer op de spits gedreven. In de landen van de Common Law wordt aangenomen dat het omslagpunt tussen alles en niets zou moeten liggen op een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 50%. Men spreekt wel van de '*balance of probabilities*'. Op zichzelf lijkt dat consistent: boven 50% is de kans dat de benadeelde een recht op schadevergoeding toekomt in elk geval groter dan de kans op het tegendeel, en omgekeerd. De ervaringen in het buitenland met de '*balance of probabilities*' zijn echter funest, juist op het terrein van de medische fouten. Het trekken van een grens leidt er namelijk onherroepelijk toe dat één procent verschil in veroorzakingswaarschijnlijkheid (net onder of net boven het omslagpunt) in principe het hele verschil gaat uitmaken tussen alles en niets. Dat levert niet alleen moeilijk te rechtvaardigen verschillen op, maar leidt ook tot de zogenaamde '*battle of experts*'. Daarmee wordt het verschijnsel bedoeld dat bij substantiële onzekerheid over het causaal verband, voor elke deskundige die verklaart dat een kans groter is dan 50%, er wel een gevonden kan worden die het tegendeel beweert.¹⁰

Peeperkorn meent dat een in een cijfer uit te drukken omslagpunt in werkelijkheid niet bestaat. Volgens hem is slechts sprake van 'een grijs gebied' waarin het omslagpunt wordt bepaald door 'een redelijke mate van waarschijnlijkheid'.¹¹ De buitenlandse ervaring leert dat een dergelijk rookgordijn niet tegen de inspanningen van procespartijen bestand is, in elk geval niet op een terrein met waarschijnlijkheden die in toenemende mate kwantificeerbaar zijn zoals op het terrein van de medische fouten. Niets kan partijen weerhouden om elkaar met concrete percentages te bestoken, wanneer hen dat zo uitkomt, waardoor de betekenis van

10 Zie bijvoorbeeld *Thompson v. Sun City Community Hospital*, 688 P.2d 605 (1984) waarin het Arizona Supreme Court de traditionele alles-of-niets grens van 50% verwierp (en in plaats daarvan het leerstuk van het verlies van een kans aanvaardde) ondermeer met het argument: "*for every expert witness who evaluates the lost chance at 49% there is another who estimates it at closer to 51%.*" (688 P.2d 605, p. 615). In dezelfde zin het gerecht in *Waffen v. United States*, 799 F.2d 911 (4th Cir. 1986) op p. 923.

11 Zie zijn inleiding in dit boekje.

die percentages onherroepelijk inzet wordt van het processuele debat. Wanneer de rechter zich niet laat vastpinnen op 50% (of enig ander percentage) en meer globale formuleringen aanhoudt, gaan benadeelden het met steeds lagere waarschijnlijkheden proberen. Door dit verschijnsel zal de rechter vroeg of laat kleur moeten bekennen, en óf de heikele vraag naar het precieze omslagpunt tussen alles en niets moeten beantwoorden, óf een proportionele vergoedingsplicht gaan aannemen. Vaag doen over het omslagpunt door dit uit te roepen tot 'een grijs gebied' is een doodlopende weg: een rookgordijn dat onherroepelijk stukje bij beetje wordt weggeblazen.

Peeperkorn verwijt de proportionele leer onder meer dat zij kanspercentages hanteert die slechts intuïtief kunnen worden gevonden. Andere critici spreken wel van 'hocus pocus'. Daar zit natuurlijk best een kern van waarheid in. Zo komt dat kanspercentage van 25 uit Wever/De Kraker maar een beetje uit de lucht vallen. Nu is exactheid bij de begroting van schade in de praktijk wel vaker te hoog gegrepen. Die realiteit heeft de wetgever ook volledig aanvaard. "Kan de omvang van een schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat", zo laat art. 6:97 BW ons weten. Dat de omvang van een proportionele schadevergoeding bijna altijd zal moeten worden geschat, kan dan ook geen halszaak zijn. Waar het niet anders kan, mag de rechter *ex aequo et bono* te werk gaan.

Toch blijven kanspercentages iets ongemakkelijks hebben, omdat een dergelijke cijfermatig uitgedrukte waarschijnlijkheid voor de gemiddelde leek een veel grotere exactheid suggereert dan ooit kan worden waargemaakt. De ironie wil echter, dat deze problematiek juist *tegen* de alles-of-niets-benadering spreekt. Buitenlandse ervaringen laten zien dat alle – op zichzelf volstrekt gerechtvaardigde – bedenkingen over het weinig exacte karakter van kanspercentages, zich uiteindelijk tegen de alles-of-niets-benadering keren, maar dan in het kwadraat, omdat in die benadering één procent het dramatische verschil uitmaakt tussen alles en niets. Juist vanwege het boterzachte karakter van kanspercentages kan dat niet werkelijk worden gerechtvaardigd. Waar men de grens ook precies zou willen trekken, als men enigszins in de buurt van het omslagpunt komt, raakt het billijkheidsgehalte van de alles-of-niets-benadering al spoedig zoek. Bij het hanteren van een omslagpunt is de beer pas écht los.

In een proportionele benadering hoeft geen omslagpunt te worden aangewezen. Ook hier zullen onzekerheden over de omvang van kansen blijven bestaan, maar dat is veel minder bezwaarlijk omdat die van hun dramatische gevolgen zijn ontdaan. Het bepalen van een kanspercentage hoeft bij medische fouten ook niet altijd even intuïtief als in Wever/De Kraker lijkt te zijn gebeurd. Juist op dit terrein is sprake van een toenevende beschikbaarheid van wetenschappelijke gegevens over kansen en

risico's, die ook in toenemende mate betrouwbaar zijn, en die de rechter mede aan zijn oordeel ten grondslag kan leggen.¹²

Maar zelfs voorzover geen bruikbare gegevens voorhanden zijn, kan het intuïtieve karakter van de beslissing over het kanspercentage moeilijk redengevend zijn om een proportionele oplossing volledig van de hand te wijzen. Ook het bepalen van de mate van 'eigen schuld' in de zin van art. 6:101 BW geschiedt zoals bekend aan de hand van kanspercentages die in belangrijke mate op intuïtieve wijze worden gevonden.¹³ Dat wordt – terecht – wel bezwaarlijk gevonden, maar niemand grijpt dat aan als argument om het artikel maar helemaal buiten toepassing te laten.

Bij onzeker causaal verband is het probleem nu eenmaal dat niet kan worden vastgesteld of de gedaagde de schade heeft veroorzaakt of niet. In zoverre *ligt* de waarheid ook gewoon in het midden. Een proportionele benadering waarin een deel van de schade moet worden vergoed is daarom – hoe onvolkomen dat gedoe met kanspercentages ook is – altijd nog 'nauwkeuriger' dan krampachtig vasthouden aan het alles-of-niets.

4 Aan welke voorwaarden moet zijn voldaan wil een proportionele benadering zijn gerechtvaardigd?

De tussenoplossing van proportionele aansprakelijkheid is wat mij betreft alleen gerechtvaardigd wanneer het alles-of-niets daadwerkelijk tot onbevredigende resultaten zou leiden. Het gaat dus niet om een nieuwe hoofdregel van causaliteit, maar gewoon om een nieuw stuk gereedschap in de gereedschapskist van de rechter, die er een mogelijkheid bij krijgt om een zo redelijk mogelijke oplossing te geven voor bepaalde bijzondere gevallen.

De praktijk wijst helaas uit, dat niet elke rechter meteen goed met dit gereedschap weet om te gaan. Niet echt gelukkig uitgevallen is bijvoorbeeld een vonnis van de Rechtbank Zwolle uit 1994, waar het ging om een procedure tegen een advocaat die had verzuimd tijdig hoger beroep in te stellen.¹⁴ De cliënt stelde dat dit hoger beroep succesvol zou zijn geweest, de advocaat stelde van niet. Tot zover een klassieke patstelling bij een klassieke beroepsfout. Het amusante aan de situatie was, dat de rechtbank het vonnis in de oorspronkelijke procedure, waartegen het hoger beroep had moeten worden ingesteld, *zelf* had gewezen. In de procedure tegen de advocaat moest de rechtbank dus de kans beoordelen dat

12 Hetgeen wat anders is dan hen klakkeloos over te nemen (zulks ter vermindering van een veelvoorkomend misverstand).

13 Zie HR 5 december 1997, NJ 1998, 400; VR 1998, 28 (Terminus/ZAO).

14 Rb. Zwolle 12 oktober 1994, *Advocatenblad* 1995, 341 (aldaar ten onrechte aangeduid als Ktr. Zwolle 12 oktober 1994) met commentaar van J.R. Beversluis.

haar *eigen* vonnis het bij het hof niet zou hebben gehouden. Voor de rechtbank kennelijk een wat ongemakkelijke positie, waaruit zij zich als volgt probeerde te redden. Eerst overwoog zij dat de afloop van een procedure in het algemeen dusdanig onvoorspelbaar is – en niet viel in te zien dat deze zaak daarop een uitzondering zou vormen – dat de standpunten van de cliënt en van zijn voormalig advocaat in hun absoluteheid niet juist konden zijn. Vervolgens overwoog de rechtbank:

Het respect voor de door haar zelf gewezen onherroepelijke vonnissen verbiedt de rechtbank om, anders dan bij zeer in het oog lopende onjuistheden, aan te nemen dat er een gerede kans van slagen van het beroep zou zijn. [...] Aan de andere kant verbiedt het respect voor de hogere instantie, die geheel onafhankelijk van de beslissing van de rechtbank een eigen oordeel over de zaak zal moeten vormen, om aan te nemen dat het beroep geen kans van slagen zou hebben.

Op basis van deze algemene overwegingen kwam de rechtbank op een schadevergoeding van 50% van het procesbelang. Zo mag de rechter zich er natuurlijk niet van afmaken. Zoals de Hoge Raad later overwoog in het Baijings-arrest,¹⁵ moet de rechter in een dergelijk geval eerst serieus proberen om te achterhalen hoe de appelrechter zou hebben beslist, en als dat echt niet lukt, moet het 'toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad', aldus de Hoge Raad. Deze schatting moet zo nauwkeurig mogelijk worden gemaakt. Dit geldt uiteraard ook bij onzeker causaal verband bij personenschade.

Pas nadat serieus onderzoek heeft opgeleverd dat de causaliteitsvraag niet bevredigend kan worden beantwoord, komt een proportionele oplossing aan de orde. Kiest men voor die tussenweg, dan mag men niet zo maar een gooi doen naar de omvang van de vergoedingsplicht, maar dan moet deze worden vastgesteld op basis van een schatting die zo zorgvuldig mogelijk is beredeneerd, op basis van de omstandigheden van het concrete geval.

5 Moet de rechter niet gewoon de knoop doorhakken?

Zoals het zojuist besproken voorbeeld laat zien is het zaak dat de rechter, bij het gebruik van het instrument van de proportionele aansprakelijkheid, kritisch wordt gevolgd. Maar Peeperkorn's kritiek gaat verder, en stelt het *principe* van de proportionele aansprakelijkheid ter discussie,

15 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 m.nt. PAS; A&V 1998, 24 m.nt. Akkermans.

althans op het terrein van de personenschade. Een enkel punt van zijn kritiek kwam reeds ter sprake. In het navolgende zal ik nog een aantal van zijn kritiekpunten trachten te weerleggen. Een intuïtieve aarzeling die velen bij de proportionele benadering zullen hebben, is de vraag of de rechter dat nou eigenlijk wel mág, de bewijsimpasse over het causaal verband uit de weg gaan, en kiezen voor een tussenweg, ook al biedt de doctrine van het verlies van een kans daarvoor een materieelrechtelijke onderbouwing. Gaat het hier niet over een feitelijke kwestie, waarover de rechter gewoon de knoop behoort door te hakken? Peeperkorn herinnert in dit verband fijntjes aan het gezegde over de zachte heelmeeesters.

Op het eerste gezicht lijkt het inderdaad, dat *conditio sine qua non*-verband bestaat, of niet bestaat. Het bewandelen van een tussenweg lijkt zo gezien een zwaktebod. Dat zwakke punt zit echter niet in de oplossing van proportionele aansprakelijkheid, maar zit vooraf ingebakken in het probleem van onzeker causaal verband. De essentie van de situaties waar het hier om gaat is immers dat de feitelijke gang van zaken niet kan worden achterhaald. Een benadering vanuit het bewijsrecht leidt dan *nimmer* tot een oplossing die werkelijk recht doet aan de feiten, maar slechts tot lapwerk, waarbij zuiver normatieve overwegingen de doorslag geven.

Zo pleegt men bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen de bewijslast over het causaal verband om te draaien, omdat de aard van dergelijke normen dat zou rechtvaardigen. Er is voor gepleit deze bewijslastomkering door te trekken naar de schending van medische veiligheidsnormen,¹⁶ een benadering waarvoor ook wel aanknopingspunten bestaan in de rechtspraak.¹⁷ En in het Dicky Trading II-arrest paste de

16 Zie de bijdrage van W.D.H. Asser in: *Medische en juridische causaliteit*, LSA-1990, Lelystad: Koninklijke Vermande 1990, p. 54 en TvG 1991, p. 75; zie de bijdrage van J.M. Beer in: *Aansprakelijkheid voor medische fouten*, LSA-1991, Lelystad: Koninklijke Vermande 1991, p. 10-12.

17 Zie Hof Amsterdam 13 juni 1985, TvG 1986, 38, waar de veroorzakingswaarschijnlijkheid echter 'groot' werd geacht en Hof Amsterdam 4 april 1985, TvG 1985, 54, waar de beslissing er onder meer op was gebaseerd dat de kans op de schade zonder fout zeer gering was (ca. 1:145). Een recenter voorbeeld is Hof Leeuwarden 2 december 1998, NJ 2000, 41, waarin het Hof tevens tracht te preciseren wanneer precies van een 'veiligheidsnorm' sprake is. Overigens kunnen omkering van de bewijslast bij schending van medische veiligheidsnormen zoals in dit arrest van het Hof Leeuwarden en proportionele aansprakelijkheid prima met elkaar worden verzoend. Dit door vast te houden aan het uitgangspunt dat de overtreding van de medische veiligheidsnorm wordt vermoed de oorzaak van de schade te zijn, tenzij voldoende aannemelijk is – bij voorkeur op grond van een onpartijdig deskundigenbericht – dat er een reële kans bestaat dat de schade is ontstaan door een andere oorzaak die in de risicosfeer van de benadeelde thuishoort. Wanneer dit 'gedeeltelijk tegenbewijs'

Hoge Raad deze bewijslastomkering toe bij de beroepsfout van een notaris.¹⁸

Wie in de hier bedoelde gevallen de bewijslast over het causaal verband inderdaad omkeert, kan wel beweren dat het 'feitelijke' *conditio sine qua non*-verband bij gebreke van tegenbewijs is komen vast te staan, maar dat kan natuurlijk niet verhullen dat de gedaagde aansprakelijk wordt gehouden terwijl in werkelijkheid in het geheel niet vaststaat dat hij de schade veroorzaakte. Formeel wordt daar weliswaar van uitgegaan, maar dat is de uitkomst van een zuiver normatieve afweging en heeft met het vaststellen van feiten weinig of niets meer te maken. Hetzelfde geldt wanneer wordt besloten de bewijslast *niet* om te draaien, want dat is, zeker in de context van medische veiligheidsnormen, evenzeer een normatieve keuze. Bij een bewijsimpasse zoals hier bedoeld, bestaat geen enkele logisch-dwingende reden om de rechter gevangen te houden in het keurslijf van het alles-of-niets. Gegeven het feit dat normatieve gezichtspunten sowieso de doorslag geven, valt niet in te zien waarom deze niet ook zouden kunnen leiden tot een proportionele oplossing. Omdat het *conditio sine qua non*-verband zich slechts laat uitdrukken in waarschijnlijkheden, ligt een dergelijke beslissing logisch gezien juist het meest voor de hand. Net doen of er tóch knopen kunnen worden doorgehakt, is veel meer een zwakgebod, dan de openlijke erkenning dat de feiten ons gewoon in de steek laten, en dit tot uitdrukking laten komen in een proportionele uitkomst.

6 Proportionele aansprakelijkheid en het leerstuk van de predispositie

Een volgend verwijt dat Peeperkorn de proportionele leer maakt, is dat zij een aantasting zou inhouden van het leerstuk van de predispositie. Naar mijn mening ten onrechte. Het causale probleem waarvoor de proportionele leer een oplossing wil bieden betreft onzekerheid over het bestaan van *conditio sine qua non*-verband. Het leerstuk van de predispositie betreft daarentegen de *toerekening* van schade in de zin van art. 6:98 BW in het geval dat het *conditio sine qua non*-verband als vaststaand wordt aangenomen. Zo werd in het arrest ABP/Van Stuyvenberg¹⁹

Vervolg vtnt. 17

wordt geleverd is dat aanleiding om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid aan te nemen. Zie Akkermans, o.c., diss. p. 424 e.v. en A&V p. 71 en in dezelfde zin N. Frenk, 'Toerekening naar kansbepaling', NJB 1995, p. 482 e.v. (op p. 489) en M.F.J. Haak, 'Van een advocaat die vergeet in hoger beroep te gaan', AA 1998, p. 138 e.v. (op p. 147).

¹⁸ HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK.

¹⁹ HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 m.nt. CJHB, VR 1989, 97.

aangenomen dat de arbeidsongeschiktheid van de benadeelde door het ongeval was aangevangen, en dat zijn predispositie (een hysterisch-neurotische persoonlijkheidsstructuur) er slechts toe had geleid dat de *omvang* van deze schade groter werd dan normaal doordat de man telkens opnieuw uitviel. En in het geval van de aangereden hartpatiënt²⁰ werd expliciet uitgegaan van het bestaan van *conditio sine qua non*-verband tussen de relatief lichte aanrijding en de hartaanval met fatale gevolgen die de benadeelde enkele uren daarna kreeg, zodat ook hier slechts een vraag van toerekening resteerde.

Een predispositie-casus waarin het *conditio sine qua non*-verband tussen ongeval en arbeidsongeschiktheid *niet* vaststond, deed zich voor in het arrest *Van Dijk/Verdonk*.²¹ Van Dijk was betrokken bij een ongeval waarvoor Verdonk aansprakelijk was. Hij stelde als gevolg van dat ongeval rugklachten te ondervinden waardoor hij arbeidsongeschikt was. Reeds jaren vóór het ongeval was Van Dijk wegens rugklachten in een ziekenhuis onderzocht. De medische rapportages over het causaal verband tussen het ongeval en de huidige rugklachten spraken elkaar tegen. Het hof achtte causaal verband niet bewezen, onder meer omdat eerst drie maanden na het ongeval van de rugklachten werd vernomen, en wees de vordering af. Het cassatiemiddel voerde onder meer aan dat het hof ten onrechte medische causaliteit beslissend had geacht, in de kennelijke veronderstelling dat juridische causaliteit kan bestaan waar medische ontbreekt. De Hoge Raad liet het arrest van het hof in stand.

Hoe absoluut de toerekening bij predisposities soms ook moge lijken, tot het *conditio sine qua non*-verband strekt zij zich tot dusver niet uit. In de conclusie van Advocaat-Generaal Berger voor Van Dijk/Verdonk, en in de noot daarbij van Brunner in *Verkeersrecht*, wordt dit expliciet geconstateerd.

Ik meen daarom dat de vraag nog open is of bij predispositie-gevallen plaats kan zijn voor een proportionele aanpak. Het moet dan wel om onzeker *conditio sine qua non*-verband gaan, en dat is ook wel denkbaar, bijvoorbeeld wanneer in het geval van de aangereden hartpatiënt de betreffende hartaanval pas enkele weken na het ongeval had plaatsgevonden, terwijl de benadeelde ook al vóór het ongeval een hartaanval had gehad.²² Een en ander hangt uiteraard af van de inhoud van de medische rapportages terzake, maar denkbaar is dat dan sprake zou zijn geweest van het soort onzeker *conditio sine qua non*-verband waarvoor proportionele schadevergoeding een oplossing kan zijn.

Overigens is de volledige toerekening bij predisposities sowieso veel minder absoluut dan soms wordt verondersteld, omdat predisposities wel

20 HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372 m.nt. GJS, VR 1975, 85.

21 HR 3 december 1976, VR 1977, 25 m.nt. Brunner.

22 Vgl. Rechtbank Den Haag 19 januari 2000, TAR 2000, 55 (oogaandoening door blootstelling aan methanol of door predispositie).

degelijk kunnen leiden tot een ‘gedeeltelijke’ schadevergoeding door toepassing van een reductie op de looptijd van doorlopende schade.²³ Proportionele schadevergoeding wegens onzeker causaal verband sluit daar nagenoeg naadloos bij aan.²⁴ Van strijdigheid met het leerstuk van de predispositie is geen sprake.

7 Geen strijd met het beginsel van volledige schadevergoeding

Een derde punt van kritiek dat ik wil noemen, is de stelling dat de proportionele benadering in strijd is met het beginsel van de volledige schadevergoeding. Ik meen dat dit verwijt geen doel treft, omdat bij onzeker causaal verband juist niet kan worden *vastgesteld* dat de benadeelde recht heeft op volledige schadevergoeding.

Ook kan men – maar dit terzijde – twijfelen over de mate waarin ons schadevergoedingsrecht werkelijk door het beginsel van de volledige schadevergoeding wordt beheerst. In de praktijk is het niet meer dan een uitgangspunt voor de begroting van op grond van andere beginselen vergoedbaar beoordeelde schade. Van afdeling 6.1.10 BW bevatten tenminste 11 artikelen bepalingen die – ieder op hun eigen wijze – ertoe leiden dat de benadeelde in een veelheid van gevallen *werkelijk* volledige vergoeding wordt onthouden.²⁵

Van fundamenteel belang is in elk geval de uitzondering bij ‘eigen schuld’ van art. 6:101 BW. Krachtens dit artikel wordt de vergoedingsplicht verminderd wanneer de schade *mede het gevolg is* van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. In de proportionele benadering wordt de vergoedingsplicht verminderd wanneer de schade *mogelijk werd veroorzaakt* door een omstandigheid die voor risico komt van de benadeelde. Van het één is slechts een kleine stap naar het andere, en proportionele aansprakelijkheid kan zonder probleem als een (al of niet analoge) toepassing van artikel 101 worden beschouwd,²⁶ een route die de Kantonrechter Middelburg koos in zijn vonnis over asbest en roken in Schaier/De Schelde. Niet valt in te zien waarom vermindering van de vergoedingsplicht wegens ‘eigen schuld’ alledaagse routine kan zijn, maar proportionele aansprakelijkheid als onverenigbaar met het beginsel van de volledige schadevergoeding van de hand zou moeten worden gewezen.

23 Peeperkorn wijst daar ook op.

24 Zie voor deze samenhang Akkermans, o.c., diss., p. 178-179.

25 Zie de artikelen 95, 96, 98, 101, 105, 106, 107, 108, 109 en 110.

26 Zie A.J. Akkermans, o.c., diss., p. 80 e.v.

8 Kansen bij de begroting van arbeidsvermogensschade

Op één punt zijn de reserves van Peeperkorn naar mijn mening wél in vergaande mate op hun plaats. Wanneer het gaat om schade-reducerende kansen bij de begroting van arbeidsvermogensschade dient een proportionele benadering met een zekere terughoudendheid te worden toegepast. De benadeelde verdient hier, binnen redelijke grenzen, het voordeel van de twijfel.

Het gaat hier bepaald niet om de cijfers achter de komma. De problematiek van de carrièrekansen krijgt groot gewicht wanneer de professionele carrière van het slachtoffer ten tijde van het ongeval, wegens jeugdige leeftijd of om andere redenen, nog niet was aangevangen of hervat. Of zonder ongeval de beoogde opleiding zou zijn afgerond en/of de beoogde carrière een aanvang zou hebben genomen, kan uit de aard der zaak niet met zekerheid worden vastgesteld. Dergelijke gebeurtenissen zijn per definitie slechts meer of minder waarschijnlijk. De veronderstelling waarop de begroting wordt gebaseerd – wel of niet met succes de beoogde studie afgerond, wel of niet een baan gevonden die daarbij aansluit – kan al gauw honderdduizenden guldens verschil uitmaken.

De aan dit soort – door het ongeval hypothetisch geworden – gebeurtenissen *inherente* onzekerheid kan niet zonder meer aanleiding zijn om een reductie toe te passen op de omvang van de te vergoeden arbeidsvermogensschade, bijvoorbeeld door bij een slagingskans die op minder dan 100% moet worden geschat, slechts 80% of 90% van het hogere inkomen waartoe het diploma en een daarop gebaseerde carrière zouden hebben geleid, in de begroting op te nemen. Wanneer het gaat om kansen die van belang zijn voor de omvang van arbeidsvermogensschade dient het letselschadeslachtoffer in hoge mate het voordeel van de twijfel te krijgen. Of, zoals de Hoge Raad oordeelde in het arrest Vehof/Helvetia:²⁷

aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen [mogen] geen strenge eisen [...] worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad.

De rechtsgrond voor deze tegemoetkoming aan het letselschadeslachtoffer kan naar mijn mening *niet* zijn gelegen in de omstandigheid dat “het [...] de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval [is] die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaf-

27 HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624; VR 1998, 121.

fen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied” (zoals de Hoge Raad zijn beslissing motiveert) of dat de aansprakelijke partij het wedden op een door hem uit de race genomen paardje niet meer vrij zou staan (het adagium waaraan Peeperkorn refereert). Die omstandigheid doet zich namelijk *altijd* voor.

Vragen van schade en causaal verband dienen altijd te worden beantwoord door vergelijking met de hypothetische situatie die zou hebben bestaan wanneer de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Deze ‘vergelijkingshypothese’ is naar haar aard nooit vatbaar voor bewijs in de zin van kenbaarheid, maar bestaat per definitie uit veronderstellingen, met hooguit een zeer hoge waarschijnlijkheidsgraad.²⁸ Is door omstandigheden die waarschijnlijkheidsgraad wezenlijk minder dan 99%, dan is dat in zekere zin altijd ‘omdat’ de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis heeft plaatsgevonden. Trekt men deze redenering consequent door, dan zou de bewijslast over causaal verband en schade-omvang *altijd* omgekeerd moeten worden. Een zo vergaande rechtsregel wordt naar mijn weten door niemand bepleit.

Naar mijn mening behoren het letselschadeslachtoffer de zwakke plekken in zijn persoon (zijn gezondheid en zijn vermogen om carrière te maken) in rechte slechts met de nodige terughoudendheid te worden voorgehouden omdat het slachtoffer recht heeft op respect. Het slachtoffer kan niet langer bewijzen wat hij waard zou zijn geweest in de hypothetische situatie zonder ongeval. Tegen het afdingen op (de gevolgen van) zijn persoonlijke kwaliteiten in die hypothetisch geworden situatie kan hij zich slechts zeer beperkt verweren. Het gaat niet aan dat de aansprakelijke partij het slachtoffer van letsel in rechte ook nog eens zoveel mogelijk gaat kleineren teneinde de omvang van zijn schadevergoedingsplicht zoveel mogelijk te beperken, ook niet als daar objectief gezien best enige aanknopingspunten voor bestaan.²⁹ Dat is geen logische maar een rechtspolitieke opdracht, geen kwestie van ‘*balance of probabilities*’, maar van goede zeden.

Uiteraard vindt ook dit zijn grenzen. Gunstige kansen kunnen zodanig klein zijn, of kwade kansen zodanig groot, dat in redelijkheid niet langer het uitgangspunt kan zijn dat zij zich wel (gunstige kansen) of juist niet (kwade kansen) zouden hebben gerealiseerd. In mijn visie is dan mogelijk wel een rol weggelegd voor een proportionele benadering. Bij kansen en risico’s die *niet* afhangen van de persoonlijke kwaliteiten van de benadeelde, maar van objectief bepaalde, externe factoren (bij-

28 Zie over het hypothetische element van schade A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss.), 1965, p. 17 e.v.; J.M. Barendrecht/H.M. Storm, *Berekening van schadevergoeding*, 1995, p. 13.

29 Vgl. *Mon. Nieuw BW* B37 (Bouwman/Tilanus) nr. 32 b, waar wordt opgemerkt dat iets dergelijks ‘minder kies’ is.

voorbeeld een loting), lijkt het eveneens minder bezwaarlijk om deze eventueel naar rato van hun omvang van invloed te laten zijn op de omvang van de schadevergoeding. En bij 'goede en kwade kansen' die geen betrekking hebben op de 'vergelijkingshypothese' (toestand zonder ongeval) maar op de 'toekomsthypothese' (toekomstige toestand met ongeval) bestaat naar mijn mening eveneens minder bezwaar om deze eventueel naar rato van hun omvang in aanmerking te nemen. Met betrekking tot *deze* kansen kan het slachtoffer zich immers in theorie nog wél bewijzen. Anders dan bij onzekerheden met betrekking tot de vergelijkingshypothese staat hij hier niet met de rug tegen de muur. Uit het recente arrest Van Sas/Interpolis³⁰ kan naar mijn mening worden afgeleid dat een feitenrechter die onder de hier bedoelde omstandigheden met betrekking tot een of meer schadeposten expliciet een proportionele aansprakelijkheid hanteert, niet door de Hoge Raad zal worden teruggefloten.

Concreet betekent dit dat bij de aan deze materie inherente twijfel over de vraag of het letselschadeslachtoffer een bepaalde opleiding met succes zou hebben afgerond, het hogere inkomen waartoe het diploma en een daarop gebaseerde carrière zouden hebben geleid, in beginsel voor de volle 100% in aanmerking moet worden genomen. Dit behoudens het geval dat de aansprakelijke partij erin slaagt om hard te maken dat dit niet redelijk zou zijn, bijvoorbeeld door de slagingskans op een geloofwaardige wijze te kwantificeren op 50% of minder, in welk geval een proportionele toewijzing in de rede kan liggen. Aan dit 'tegenbewijs' dienen serieuze eisen te worden gesteld. Het letselschadeslachtoffer komt – zij het binnen redelijke grenzen – ook hier het recht toe op het voordeel van de twijfel.

9 Tot slot

Tot zover mijn pleidooi om proportionele aansprakelijkheid een volwaardige plaats te geven in de spreekwoordelijke gereedschapskist van de rechter. In het buitenland heeft dit nieuwe 'gereedschap' zijn nut reeds ruimschoots bewezen. Het geeft de rechter er een mogelijkheid bij om een zo redelijk mogelijke beslissing te geven in bepaalde problematische gevallen. Peeperkorn heeft daartegen zo zijn bedenkingen. Ik verwijs daarvoor naar zijn bijdrage in dit boekje. De toekomst zal uitwijzen welke plaats voor proportionele aansprakelijkheid in het Nederlandse recht is weggelegd.

30 HR 1 januari 2000, RvdW 2000, 19 C.